

Pubblicato il 11/02/2021

N. 01255/2021REG.PROV.COLL.
N. 05601/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5601 del 2020, proposto da Italia Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Comune di Cusano Mutri, non costituito in giudizio;

nei confronti

Tre Torri Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, alla via Principessa Clotilde, n. 2;

Asmel Consortile s.c. a r.l., Artemide S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sez. I, n. 3006/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tre Torri Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti, sempre da remoto, gli avvocati Ricciardi e Clarizia;

Rilevata preliminarmente la complessità della presente controversia e della stesura della relativa motivazione;

Rilevato altresì che la pubblicazione del dispositivo, secondo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 120, co. 9, c.p.a., presuppone la espressa richiesta delle parti in ragione del carattere soggettivo del processo amministrativo e del suo carattere dispositivo e che d'altra parte i difensori delle parti hanno dichiarato di rinunciare a detta pubblicazione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando in data 16 settembre 2019 il Comune di Cusano Mutri indiceva una procedura aperta per l'affidamento, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di realizzazione della “*strada di collegamento tra via Pietà e via Largo Colle della Croce*”.

Alla gara – per la quale era richiesto il possesso delle categorie SOA OG3 (strade) ed OS21 (micropali) – partecipava, tra gli altri concorrenti, l'appellante Italia Appalti s.r.l., che, al termine delle operazioni di valutazione delle offerte, si classificava al secondo posto in graduatoria, immediatamente dopo la controinteressata Tre Torri Costruzioni s.r.l., la quale si vedeva aggiudicare l'appalto con determina n. 5 del 15 gennaio 2020.

2.- Avverso gli esiti della procedura Italia Appalti s.r.l. insorgeva con ricorso dinanzi al TAR per la Campania, censurando l'illegittimità della ammissione

della controinteressata o comunque, in via subordinata, l'erronea attribuzione del punteggio tecnico alla relativa offerta, e, per l'effetto, invocando la riformulazione della graduatoria e, previo scorrimento, l'aggiudicazione in proprio favore del contratto.

Segnatamente lamentava con plurimo mezzo: *a)* che l'offerta tecnica formulata dall'aggiudicataria fosse viziata in ragione della incompetenza della figura professionale dell'architetto che – in presenza di opere viarie, riservate *ex art.* 51, R.D. n. 2537/1925 agli ingegneri – era intervenuto nella 'riprogettazione' sul progetto esecutivo; *b)* che fosse stata omessa, a supporto delle nuove scelte progettuali, la presentazione della relazione geologica, elemento essenziale dell'offerta; *c)* che la proposta progettuale preferita presentava, inoltre, significative carenze, sotto il profilo della correttezza e congruenza dei calcoli tecnici.

3.- Nella resistenza di Tre Torri s.r.l., che proponeva a sua volta ricorso incidentale escludente, in parte condizionato, con sentenza n. 3006/2020 l'adito TAR respingeva il ricorso principale ed accoglieva *in parte qua* quello incidentale, confermando la legittimità della disposta aggiudicazione.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Italia Appalti s.r.l. insorge avverso la ridetta statuizione, di cui lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio, per resistere al gravame, Tre Torri s.r.l., che ha a sua volta articolato ricorso incidentale.

Nel rituale contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 14 gennaio 2021 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello principale è fondato e va accolto. L'appello incidentale è infondato.

2.- Con il primo motivo di gravame l'appellante si duole che la sentenza impugnata abbia disatteso la propria doglianza, con la quale aveva

lamentato che l'offerta tecnica della controinteressata Tre Torri s.r.l. era stata sottoscritta da un architetto, non abilitato a curare la relativa progettazione in quanto privo delle specifiche competenze richieste per il tipo di lavorazioni poste a base di gara, secondo le prescrizioni di cui al R.D. n. 2537 del 1925.

In particolare, si duole che il primo giudice – premessa una articolata (quanto irrilevante) digressione in ordine alla distinzione tra i diversi concetti di “*variante*” e “*proposta migliorativa*” – avrebbe respinto la censura sull'assunto che le modifiche progettuali affidate alla elaborazione dell'arch. Vitelli, incaricato dalla Tre Torri per la predisposizione della offerta tecnica, attenessero, in concreto, ad opere di carattere meramente accessorio.

2.1.- Il motivo è fondato.

Importa rammentare che il disciplinare di gara individuava, relativamente alle opere da realizzare sulla base del progetto esecutivo validato dalla stazione appaltante, le categorie OG3, classe II (inerente la “*costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di interventi a rete che siano necessari per consentire la mobilità su gomma, ferro e aerea, qualsiasi sia il loro grado di importanza, completi di ogni opera connessa, complementare o accessoria*”) e OS2, classe I (inerente la “*costruzione di opere destinate a trasferire i carichi di manufatti poggianti su terreni non idonei a reggere i carichi stessi, di opere destinate a conferire ai terreni caratteristiche di resistenza e di indeformabilità tali da rendere stabili l'imposta dei manufatti e da prevenire dissesti geologici, di opere per rendere antisismiche le strutture esistenti e funzionanti*”).

Lo stesso disciplinare imponeva (al punto VI) la sottoscrizione, a pena di esclusione, degli elaborati tecnici posti a corredo dell'offerta a cura di un “*tecnico abilitato*”, alla luce della vigente normativa.

Ciò posto, per consolidato intendimento, la progettazione delle opere viarie che non siano strettamente connesse con i singoli fabbricati, è di pertinenza degli ingegneri, in base all'interpretazione letterale, sistematica e

teleologica degli art. 51, 52 e 54, r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537 (*Regolamento per le professioni d'ingegnere e di architetto*), in quanto le ridette previsioni regolamentari sono espressamente mantenute in vigore dall'art. 1, d.p.r. n. 328 del 5 giugno 2001, oltre che dagli art. 16 (per gli architetti) e 46, comma 2 (per gli ingegneri iscritti alla sezione A), di cui allo stesso d.p.r. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8027; Id., sez. V, 17 luglio 2019, n. 5012).

In particolare, l'art. 51 cit. prevede che *“sono di spettanza della professione d'ingegnere il progetto, la condotta e la stima dei lavori per estrarre, trasformare ed utilizzare i materiali direttamente od indirettamente occorrenti per le costruzioni e per le industrie, dei lavori relativi alle vie ed ai mezzi di trasporto, di deflusso e di comunicazione, alle costruzioni di ogni specie, alle macchine ed agli impianti industriali, nonché in generale alle applicazioni della fisica, i rilievi geometrici e le operazioni di stima”*; e l'art. 54, ai commi 2 e 3, precisa che, mentre gli ingegneri *“sono autorizzati a compiere anche le mansioni indicate nell'art. 51 del presente regolamento, eccettuate le applicazioni industriali”*, le competenze dell'architetto sono espressamente escluse *“per le applicazioni industriali e della fisica, nonché i lavori relativi alle vie, ai mezzi di comunicazione e di trasporto e alle opere idrauliche”*.

Se, perciò, è ancora ammissibile (alla luce di una nozione estensiva di *“edilizia civile”*) abilitare la figura professionale dell'architetto alla sottoscrizione dei progetti relativi alla realizzazioni tecniche di carattere *rigorosamente accessorio*, preordinate al mero collegamento di opere edilizie alla viabilità ad esse *strettamente servente* (cfr. Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2015, n. 1692/12 e Id., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1550), alcuna estensione si legittima in relazione alle *“proposte progettuali migliorative”* ovvero alle *“varianti”* di cui all'art. 95, comma 14 e 94, comma 1 lettera a) d. lgs. n. 50/2016, che, nella loro attitudine integrativa o modificativa, sono in ogni caso *accessorie all'opera viaria*, e non certamente alle opere di edilizia civile (cfr., in termini, Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8027; Id., sez. V,

20 novembre 2018, n. 6552).

Nel caso di specie l'integrazione dell'offerta tecnica, operata da parte appellata ed affidata all'architetto Vitelli, è consistita: *a)* per un verso nella *“rimodulazione della progettazione della strada in ragione degli scavi e delle sezioni reali terreno-roccia”*, nonché nella *“nuova progettazione degli scavi in riferimento alle indagini geognostiche effettuate in sito [...] per i micropali a supporto dei muri di contenimento previsti in progetto a base di appalto”* (considerati inutili in quanto *“tutti i muri poggia[va]no sulla roccia”*; *b)* per altro verso, nella *“realizzazione dei muri perimetrali alla strada secondo la nuova progettazione”*, con l'installazione di *“gabbionature rinverdite alla sommità delle scarpate”*.

Si tratta, con ogni evidenza – di là dal non rilevante *distinguo* che ha erroneamente orientato l'apprezzamento del primo giudice – di attività riservata, alla luce della richiamata normativa, alla figura professionale dell'ingegnere: il che è, di per sé, sufficiente a giustificare, in accoglimento del formulato motivo di doglianza e con assorbimento degli ulteriori motivi formulati, l'estromissione dell'aggiudicataria dalla procedura, con conseguente annullamento della disposta aggiudicazione a suo favore.

3.- Vanno esaminate, a questo punto, le questioni affidate al ricorso incidentale escludente di prime cure, in ordine alle quali: *a)* parte appellante ha impugnato, *in principalità*, la sentenza, nella parte in cui *ha accolto* il terzo motivo di censura; *b)* parte appellata ha, per il resto, devolutivamente affidato, per un verso, alla *memoria di costituzione* (con il quale ha riproposto le ulteriori ragioni di doglianza rimaste *assorbite in prime cure*) e, per altro verso, all'*appello incidentale condizionato* (con il quale ha reiterato, per l'eventualità di accoglimento del ricorso principale, le questioni *disattese*).

4.- Sotto il primo profilo, l'appellante si duole che il primo giudice, equivocando i fatti di causa, avesse ritenuto illegittime le proprie proposte migliorative, in quanto elaborate e sottoscritte da un geometra privo della relativa abilitazione, trattandosi, anche per il profilo in esame, di

competenze riservate alla figura dell'ingegnere.

4.1.- Il motivo è fondato.

Nella decisione impugnata, il TAR ha ritenuto che, in base agli elaborati grafici prodotti, “[...] *il muro in cemento armato di contenimento, la cui sagoma effettivamente non [era] stata alterata rispetto al disegno contenuto nel progetto esecutivo, [sarebbe stato] spostato dalla destra alla sinistra del plinto con l'effetto di non fungere più da immediato contenimento della scarpata*”: il che avrebbe richiesto, al fine di apprezzare la perdurante “*stabilità dell'opera*”, le verifiche necessarie “*da parte di un tecnico abilitato*”, di fatto pretermesse.

In realtà, come è dato evincere dalla disamina degli atti di gara, la proposta di procedere allo spostamento di alcuni elementi che componevano il progetto esecutivo posto a base di gara non concerneva il muro di contenimento, ma solo il “*blocco palo di basamento di dimensione modesta (80 x 80 cm.)*”, destinato semplicemente ad ospitare il palo dell'illuminazione pubblica, che veniva portato da destra a sinistra del muro “*per liberare il marciapiede e consentire il passaggio pedonale*”.

Nessuna modifica, alterazione o traslazione (né in ordine alla posizione, né in ordine alla sagoma) del muro di contenimento (così come previsto nella progettazione esecutiva posta a base di gara, validata e verificata, nell'interesse dell'appellante, dall'ing. Lombardi), ma solo una (modesta e non rilevante) dislocazione, con finalità migliorativa, della sede dei pali elettrici, di per sé, all'evidenza, non idonea a comportare alcuna variazione delle opere in cemento armato previste in progetto ed alcuna problematica di ordine strutturale, non essendo destinata la parete del muro di contenimento posto a sostegno del marciapiede ad essere interrotta dall'inserimento del blocco palo.

5.- Con il primo motivo del ricorso incidentale escludente, disatteso dal primo giudice, la società appellata lamentava, quale motivo di esclusione a carico dell'appellante, che la stessa avesse riprodotto, nell'ambito della

relazione tecnica, foto satellitari, scaricate da *Google Maps*, che non rispecchierebbero l'attuale stato di alcuni tratti della strada oggetto d'intervento, con conseguente falsità della relativa allegazione dichiarativa, ai sensi dell'art. art. 80, comma 5, lettera *f-bis* d. lgs. n. 50/2016.

5.1.- Il motivo è infondato.

Sotto un primo profilo, le fotografie allegate all'offerta, ai fini della produzione del c.d. *rendering*, non possono essere considerate alla stregua di un vero e proprio elaborato, concretando esclusivamente una prospettiva 'virtuale' preordinata a dare un'idea quanto più possibile prossima alla realizzazione finale dell'opera programmatica, consentendone una analisi visuale più 'realistica' ed immediata rispetto ad una semplice rappresentazione grafica.

Inoltre, nella gara in esame, la tipologia di documenti che gli operatori economici concorrenti avrebbero dovuto allegare vincolativamente all'offerta era analiticamente dettagliata dalla *lex specialis*, che in nessuna parte prescriveva (tantomeno a pena di esclusione) la produzione di *rendering* o altri elaborati similari (che in nessun caso avrebbero potuto rappresentare elementi essenziali dell'offerta).

Ne discende che l'eventuale (e per giunta marginale) discrepanza tra la rappresentazione virtuale prospettica (realizzata con il ricorso a foto satellitari) e la realtà effettuale dei luoghi (quale risultante dagli elaborati progettuali ed oggetto, come tale, di strumentale sopralluogo dell'impresa) è del tutto irrilevante.

Men che meno se ne può ipotizzare, quale causa di automatica estromissione, la obiettiva falsità, ai sensi dell'art. 80, comma 5 lettera *f-bis*) d. lgs. n. 50/2016, che si riferisce esclusivamente, nella sua valenza residuale, alla intenzionale alterazione, sul piano materiale od ideologico, di dati essenziali di realtà, idonei a pregiudicare in guisa obiettiva (di là da ogni concreto e contestualizzato apprezzamento di rilevanza e decisività) il

percorso acquisitivo e valutativo della stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16): il che, per quel che precede, deve essere radicalmente escluso nel caso in esame.

6.- Con distinto mezzo, parimenti disatteso in prime cure, l'appellante incidentale aveva analiticamente valorizzato una serie di dettagli, inerenti l'offerta tecnica della controinteressata, che ne avrebbero dimostrato la complessiva incongruenza ed inadeguatezza, con segnato riferimento: *a)* alle modalità, prospettate in sede di offerta migliorativa, di rifacimento della pavimentazione dei marciapiedi su ambedue i lati della strada Via Largo (per le quali sussisterebbero divergenze in ordine alla reale dimensione dei marciapiedi interessati); *b)* al rivestimento dei muri presenti sul lato destro di Via Largo, in ordine ai quali pregressi lavori avrebbero comportato sostanziali modifiche allo stato dei luoghi, con l'eliminazione del vecchio parapetto in calcestruzzo e la sovrastante ringhiera in ferro; *c)* alla proposta sostituzione migliorativa di alcuni pali della luce esistenti *in loco*, che, nondimeno, sarebbero già stati sostituiti nel corso di pregressi lavori, risultando con ciò perfettamente funzionanti; *d)* alla discrasia tra computo metrico ed elaborazione progettuale, relativamente alla stampa di un tappetino all'interno dell'area parcheggio; *e)* alla irregolare prefigurazione, in violazione della normativa di settore, della realizzazione di un posto auto per disabili all'interno del realizzando parcheggio; *f)* alla illegittima riallocazione dei pali fuori dell'area di marciapiede; *g)* alla discrasia tra computo metrico e progetto in ordine al proposto rifacimento della pavimentazione esistente; *h)* alla incerta ed indeterminata prefigurazione di un rifacimento della locale rete idrica; *i)* alle modalità di realizzazione degli scavi.

In proposito, la società appellata si duole che il primo giudice abbia complessivamente disatteso le circostanziate doglianze, ritenendole complessivamente prive di rilievo.

6.1.- Il motivo è infondato.

Va ribadito che le proposte migliorative sui progetti posti a base di gara consistono in soluzioni tecniche che, *senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto*, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come *integrazioni, precisazioni e migliorie* che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste: con il corollario che il relativo apprezzamento, quanto alla efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante, costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, sottratta al sindacato giurisdizionale in assenza di macroscopiche incongruenze od evidenti divergenze rispetto alla realtà effettuale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2019, n. 6793).

Nel caso di specie, con ogni evidenza, le ventilate discrasie non appaiono, *sia sul piano qualitativo che sul piano quantitativo* – tra l'altro, in quanto afferenti a profili di dettaglio tecnico, nel contesto di una offerta complessivamente elaborata 'a corpo' e non 'a misura' – idonee ad inficiare l'apprezzamento di compatibilità operato della Commissione giudicatrice, che si sottrae, perciò, al sindacato di questo Giudice.

7.- La società appellata reitera, infine, con la propria memoria di costituzione, le ragioni di doglianza affidate al ricorso incidentale condizionato di prime cure, con il quale – per l'eventualità di accoglimento del ricorso principale – aveva ventilato la complessiva illegittimità della procedura di gara, ai fini della sua prospettica ed integrale rinnovazione.

7.1. – I motivi sono inammissibili.

Importa osservare che – nell'individuare esattamente come controinteressata la società Artemide s.r.l., collocata in graduatoria al terzo posto e potenzialmente pregiudicata dall'annullamento della procedura, nella prospettiva della utile estromissione di entrambi i concorrenti

collocati in posizione pzoiore – le aveva (correttamente) inoltrato, per la notifica, il ricorso (con il quale, tra l’altro, venivano formulate specifiche doglianze in ordine alla legittimità dell’offerta formulata).

Il relativo procedimento, tuttavia, non andava a buon fine, in quanto – come attestato dalla documentazione in atti – l’ufficiale postale incaricato certificava l’irreperibilità del destinatario.

Orbene, è noto che l'articolo 145 cod. proc. civ. non consente, all’esito delle modifiche introdotte con l’art. 2 della l. n. 263/2005, la notifica alla società con le modalità previste dagli articoli 140 e 143 cod. proc. civ. (e, quindi, con gli avvisi di deposito di cui all’art. 8 della l. 20 novembre 1982, n. 890, che costituiscono modalità equivalenti alla notificazione *ex* articolo 140 cod. proc. civ.), essendo questa riservata, come chiarito dal 3° comma, esclusivamente al legale rappresentante, vale a dire alla ‘*persona fisica*, che, a tal fine, deve essere espressamente “*indicata nell’atto*” (cfr. Cass. sez. III, 14 marzo 2018, n. 6112).

Per l’effetto, nella assenza delle forme previste in caso di irreperibilità, la notifica in questione deve ritenersi nulla (all’uopo non rilevando l’allegato smarrimento del plico postale, in quanto avvenuto in sede di riconsegna al mittente, a valle della accertata irreperibilità, e non di spedizione al destinatario).

Siffatta nullità, non sanata dalla costituzione della parte intimata, non è stata oggetto, in prime cure, né di rilievo officioso, né di richiesta rimessione in termini, ai fini della rinnovazione del relativo procedimento notificatorio *ex* art. 44 cod. proc. amm., subordinatamente alla allegazione di non imputabilità: per l’effetto – in assenza di specifiche censure sul punto – la mancata evocazione in giudizio della società controinteressata deve ritenersi vicenda processuale consolidata ed ostativa ad un pronunzia di merito (cfr. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25095).

Trattandosi, invero, di *unico controinteressato* (tale non essendo, ai fini del

ricorso incidentale condizionato, l'odierna appellata, in quanto concretamente cointeressata rispetto alla iniziativa complessivamente demolitoria), i motivi *de quibus*, così come meramente riproposti, devono ritenersi inammissibili (cfr. art. 41, comma 2 cod. proc. amm.).

8- Alla luce delle considerazioni che precedono, ne discende, in definitiva, la fondatezza dell'appello principale e l'infondatezza dell'appello incidentale: sicché, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado e respinto il ricorso incidentale.

Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e respinge il ricorso incidentale di primo grado.

Condanna Tre Torri Costruzioni S.r.l. alla refusione delle spese del doppio grado a favore di Italia Appalti s.r.l., che liquida in complessivi € 7.000,00 (settemila/00), oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO